



Fall-Nr.: AVI 2009/9
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 16.09.2019
Entscheiddatum: 17.03.2010

Entscheid Versicherungsgericht, 17.03.2010

Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG. Prüfung der Frage, ob bei einem Versicherten aufgrund seiner Mitgliedschaft in einem Verwaltungsrat ein dem Leistungsausschluss bei Kurzarbeit vergleichbarer Sachverhalt zu bejahen ist (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 17. März 2010, AVI 2009/9).

Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichterinnen Karin Huber-Studerus und

Marie Löhner; Gerichtsschreiber Walter Schmid

Entscheid vom 17. März 2010

in Sachen

S.____,

Beschwerdeführer,

gegen

RAV St. Gallen, Unterstrasse 4, Postfach, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegner,

vertreten durch Amt für Arbeit, Unterstrasse 22, 9001 St. Gallen,

betreffend

Arbeitslosenentschädigung (arbeitgeberähnliche Stellung)



Sachverhalt:

A.

S.____ war vom 1. Mai 2007 bis 30. April 2008 bei der A.____ als Sozialpädagoge/ Miterzieher angestellt. Am 21. April 2008 meldete er sich auf den 1. Mai 2008 zum Leistungsbezug bei der Arbeitslosenversicherung an (act. G 8.1/B40, B43). Mit Schreiben vom 25. September 2008 stellte das RAV St. Gallen dem Versicherten die Verneinung der Anspruchsberechtigung in Aussicht, weil er zeichnungsberechtigtes Verwaltungsratsmitglied der B.____ AG und davon auszugehen sei, dass er die Entscheidungen dieser Gesellschaft im Sinn einer arbeitgeberähnlichen Stellung massgeblich beeinflussen könne (act. G 8.1/B4). In seiner Stellungnahme vom 7. Oktober 2008 hielt der Versicherte unter anderem fest, mit seiner Angabe des Verwaltungsratsmandats im Zwischenverdienstformular habe er dokumentiert, dass er nicht heimlich Zusatzverdienste habe erwirtschaften wollen. Das Mandat bei der B.____ AG sei aus formellen bzw. rechtlichen Gründen und ehrenamtlich erfolgt. Ein Honorar sei dafür nicht vorgesehen (act. G 8.1/A6). Mit Verfügung vom 4. November 2008 verneinte das RAV die Anspruchsberechtigung des Versicherten ab 1. Mai 2008 mit der Begründung, durch seine arbeitgeberähnliche Stellung bei der B.____ AG erfülle er die Voraussetzungen zum Bezug von ALV-Leistungen nicht (act. G 8.1/B3, A5). Die hiergegen vom Versicherten erhobene Einsprache (act. G 8.1/A4) wies das RAV mit Einspracheentscheid vom 15. Dezember 2008 ab (act. G 8.1/B2, A2).

Die Arbeitslosenkasse Unia erliess am 30. Januar 2009 eine entsprechende Rückforderungsverfügung, gegen welche der Versicherte am 4. Februar 2009 Einsprache erhob. Die Arbeitslosenkasse sistierte dieses Einspracheverfahren bis zur rechtskräftigen Klärung der Frage der arbeitgeberähnlichen Stellung des Versicherten (act. G 7, G 12).

B.

B.a Gegen den Einspracheentscheid vom 15. Dezember 2008 erhob der Versicherte mit Eingabe vom 14. Januar 2009 Beschwerde. Zur Begründung führte er unter anderem aus, eine telefonische Rückfrage beim Leiter des Rechtsdienstes des Amtes



für Arbeit habe ergeben, dass es keine eindeutige Rechtssicherheit in seinem Fall gebe. Allein ein Eintrag in Handelsregister als Verwaltungsrat sei gemäss Auskunft des Rechtsdienstleiters kein vollständiger Grund, einem Stellensuchenden die Arbeitslosentaggelder zu streichen. Die Verneinung von Leistungen sei nur zulässig, wenn jemand die klare Absicht verfolgte, sich mit einer Gesellschaft selbständig zu machen. Finde die Übernahme des Mandats aus Gefälligkeitsgründen statt, sei die Leistungsablehnung nicht begründet. Er habe daher keine Veranlassung gesehen, auf die Übernahme dieser Gefälligkeit zu verzichten. Tatsache sei, dass er weder Leistungen von der B.____ AG beziehe, noch massgeblich den Geschäftsverlauf mitbestimme. Die Übernahme des Verwaltungsratsmandats sei gefälligkeitshalber geschehen und erfülle formelle Zwecke. Die drei Aktionäre, die das Unternehmen gegründet hätten, seien Entscheidungsträger der B.____ AG. Er besitze keine Aktienanteile am Unternehmen. Der Beschwerdegegner sei seinem Ersuchen, den früheren Verwaltungsrat der B.____ AG über die Angelegenheit zu befragen, nicht nachgekommen. Er (der Beschwerdeführer) sei parallel zu seiner Tätigkeit als Kursleiter kontinuierlich auf Stellensuche für eine weitere Teilzeitstelle, die Erweiterung seines Pensums oder den Wechsel in eine Stelle mit mehr Stellenprozenten.

B.b In der Beschwerdeantwort vom 9. April 2009 beantragte das Amt für Arbeit für den Beschwerdegegner Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung wurde auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid und der dieser zugrunde liegenden Verfügung verwiesen.

B.c Das Versicherungsgericht zog die Akten der Unia Arbeitslosenkasse betreffend den Beschwerdeführer bei (act. G 12-14).

Erwägungen:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG haben Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden



Ehegatten, keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. In BGE 123 V 234 entschied das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG; seit 1. Januar 2007: Sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts), dass Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG, obwohl diese Bestimmung ihrem Wortlaut nach nur auf Kurzarbeitsfälle zugeschnitten ist, auch im Bereich der Arbeitslosenentschädigung nach Art. 8ff AVIG anwendbar sei. Die betreffende Bestimmung diene der Vermeidung von Missbräuchen (Selbstaussstellung von für Kurzarbeitsentschädigung notwendigen Bescheinigungen, Gefälligkeitsbescheinigungen, Unkontrollierbarkeit des tatsächlichen Arbeitsausfalls, Mitbestimmung oder Mitverantwortung bei der Einführung von Kurzarbeit u.ä. vor allem bei Arbeitnehmern mit Gesellschafts- oder sonstiger Kapitalbeteiligung in Leitungsfunktion des Betriebes). Kurzarbeit könne nicht allein in einer Reduktion der täglichen, wöchentlichen oder monatlichen Arbeitszeit, sondern auch darin bestehen, dass ein Betrieb (bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis) für eine gewisse Zeit vollständig stillgelegt werde. In einem solchen Fall sei eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer mit arbeitgeberähnlicher Stellung nicht anspruchsberechtigt. Werde das Arbeitsverhältnis jedoch gekündigt, liege Ganzarbeitslosigkeit vor, und es bestehe unter den Voraussetzungen von Art. 8ff AVIG grundsätzlich Anspruch auf Entschädigung. Dabei könne nicht von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden, wenn der Betrieb geschlossen werde, das Ausscheiden der betreffenden Person mithin definitiv sei. Entsprechendes gelte für den Fall, dass das Unternehmen zwar weiterbestehe, die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer aber mit der Kündigung endgültig auch jene Eigenschaft verliere, derentwegen sie oder er bei Kurzarbeit auf Grund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen wäre. Eine grundsätzlich andere Situation liege jedoch dann vor, wenn die betroffene Person nach der Entlassung die arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb beibehalte und dadurch die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen könne (ARV 2002 Nr. 28, S. 184f E. 2/3a; BGE 123 V 238f mit Hinweisen).

1.2 Nicht jede Person in arbeitgeberähnlicher Stellung ist vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausgeschlossen (vgl. Urteil des EVG in Sachen B. vom 6. Oktober 2000 [C 16/00] E. 2b; Urteil des EVG in Sachen Z. vom 3. Juli 2003 [C 158/02] E. 4.1). Vielmehr setzt ein solcher Ausschluss voraus, dass ein Sachverhalt vorliegt, der demjenigen einer Kurzarbeit gleichkommt. Nur bei einem solchen analogen



Sachverhalt kann von einer Umgehung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG und vom Risiko eines rechtsmissbräuchlichen Leistungsbezugs gesprochen werden.

1.3 In einem Urteil vom 22. Februar 2008 i/S O. hielt das Bundesgericht im Fall eines Mitglieds des Verwaltungsrats einer Aktiengesellschaft und ehemaligen Arbeitnehmers dieser Gesellschaft fest, diesem komme von Gesetzes wegen eine massgebliche Entscheidbefugnis (Art. 716f OR) und damit eine arbeitgeberähnliche Stellung zu, die einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausschliesse (ARV 2008 Nr. 6, S. 148 [8C_245/2007]). Der von der Beschwerdegegnerin im angefochtenen Entscheid angeführte BGE 123 V 234 betraf ebenfalls ein bis zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses in der Gesellschaft tätig gewesenes Verwaltungsratsmitglied einer AG. Im Urteil vom 12. November 2004 i/S H. (C 117/04) ging es um eine Person, die im April 2002 eine GmbH gegründet hatte und in der Folge deren Hauptgesellschafter und Geschäftsführer war. Vor der Gesellschaftsgründung, d.h. bis April 2002, war er bei einer anderen Arbeitgeberin tätig. Ab August 2002 beantragte er Arbeitslosenentschädigung. Das EVG kam unter anderem zum Schluss, ein Versicherter in arbeitgeberähnlicher Stellung habe keinen ALE-Anspruch, unabhängig davon, in welchem Umfang er seine Geschäftstätigkeit aufgenommen habe. Selbst wenn die Gesellschaft des Versicherten im Moment inaktiv zu sein scheine, habe er sich dennoch die Möglichkeit offengelassen, sich bei Gelegenheit dort anzustellen. Es sei auch denkbar, dass er Arbeitslosenentschädigung bezogen und gleichzeitig die noch nicht rentable Unternehmung aufgebaut habe. Aufgrund der arbeitgeberähnlichen Stellung sei das Missbrauchsrisiko gegeben, auch wenn der Versicherte bis April 2002 als Arbeitnehmer einer Drittfirma tätig gewesen sei (vgl. dazu auch die Urteilsbesprechung in ARV 2005, 19). Um eine mit dem vorerwähnten Sachverhalt vergleichbare Konstellation ging es sodann im Urteil des EVG vom 18. Oktober 2006 i/S O. (C 112/06), in welchem die Anspruchsberechtigung eines GmbH-Gesellschafters und Geschäftsführers ebenfalls mit Hinweis auf seine arbeitgeberähnliche Stellung verneint wurde.

2.

2.1 Streitig ist, ob der Beschwerdeführer ab Mai 2008 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat. Er übte nach seinen Angaben von August bis



St.Galler Gerichte

November 2008 unter anderem einen Zwischenverdienst aus selbständiger Tätigkeit (Aufträge für Familie C.) aus. Dabei handelte es sich um Beratungsgespräche nach der Arbeitsmethode der B.____ AG, wie der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde ausführte (act. G 1, S. 2 unten; Belege in act. G 12). Auf den Bescheinigungen über Zwischenverdienst für Juli und August 2008 hatte der Beschwerdeführer im Weiteren sein Verwaltungsratsmandat bei der B.____ AG mitgeteilt (act. G 12). Gemäss Handelsregister ist er seit 4. Februar 2008 einziges Mitglied des Verwaltungsrates der B.____ AG mit Sitz in Heiden und dementsprechend einzelzeichnungsberechtigt. Zweck dieser Gesellschaft ist laut Registereintrag die Erbringung von Dienstleistungen aller Art, insbesondere Erstellung von Konzepten für die Durchführung von Unternehmensberatungen, Seminaren und Work-shops sowie Handel mit Waren aller Art mit besonderem Augenmerk auf den Umwelt- und Gesundheitssektor. Die einzelnen Aktivitäten und Zielsetzungen sind auf der Homepage der Gesellschaft (progresdi-ag.com) vermerkt.

2.2 Der Beschwerdeführer gab bei ALV-Antragstellung als gesuchte Tätigkeiten Erwachsenenbildner, Betreuer und Kursleiter Erwachsenenbildung an (act. G 8.1/B39). Hieraus liesse sich grundsätzlich ein sachlicher Bezug des geschilderten Zwecks der B.____ AG zum angestammten bzw. gesuchten Tätigkeitsbereich und zu den früher ausgeübten Tätigkeiten des Beschwerdeführers ableiten (vgl. act. G 8.1/B6-B11; act. G 1 [Vorinformation]). Der Beschwerdeführer macht allerdings geltend, er sei in keiner Form in dieser Gesellschaft tätig. In der Stellungnahme vom 7. Oktober 2008 hatte er unter anderem dargelegt, weder das von ihm ausgeübte Teilzeitpensum noch sein Amt als Verwaltungsrat würden seine Vermittlungsfähigkeit beeinträchtigen. Das Verwaltungsratsamt, welches für das formelle und rechtliche Bestehen der Gesellschaft erforderlich sei, übe er ehrenamtlich aus. Er erhalte dafür keinerlei Honorar; ein solches sei auch nicht vorgesehen. Er sei am Unternehmen nicht wirtschaftlich beteiligt, und auf die Geschäftspolitik habe er keinen Einfluss; letztere werde von den drei Aktionären bestimmt. An der Gesellschaftsgründung sei er in keiner Weise beteiligt gewesen (act. G 8.1/A6). In der Beschwerde führte er ergänzend aus, er habe bei der B.____ AG seit Sommer 2002 (mit Unterbrechungen) an verschiedenen Fortbildungsprogrammen teilgenommen. Ende 2008 (richtig wohl: 2007) hätten ihn zwei Hauptaktionäre der Gesellschaft betreffend die Übernahme des Verwaltungsratsmandats angesprochen. Ihm sei mitgeteilt worden, dass ein Verwaltungsrat für das rechtliche und formelle



St.Galler Gerichte

Bestehen der AG gebraucht werde, ohne dass diese Person irgendwelche Aufgaben oder Verantwortlichkeiten erfüllen müsse. Die einzige kleine Aufgabe sei das Weiterleiten der Korrespondenz und Informationen, was lediglich ca. zwei bis vier Stunden pro Monat (an Wochenenden) in Anspruch nehme (act. G 1).

Ein Zusammenhang zwischen dem Eintritt der Arbeitslosigkeit nach Kündigung des Arbeitsverhältnisses bei der A.____ GmbH (vgl. dazu die Ausführungen des Beschwerdeführers in act. G 8.1/B43, B76) und dem Verwaltungsratsmandat bei der B.____ AG bzw. eine sachliche oder personelle Verbindung zwischen den beiden Gesellschaften ist nicht ersichtlich bzw. nicht belegt. Hinsichtlich des von August bis November 2008 erzielten Zwischenverdienstes aus selbständiger Tätigkeit (Aufträge für Familie C.) legte der Beschwerdeführer dar, diese Aktivität habe nichts mit der eigentlichen Geschäftstätigkeit der B.____ AG zu tun, sondern sei durch einen persönlichen Kontakt mit der erwähnten Familie entstanden (act. G 1 S. 2f). Die Tatsache allein, dass der Beschwerdeführer Verwaltungsratsmitglied der B.____ AG ist, vermöchte für sich allein - ohne Vorliegen einer tatsächlichen erwerblichen Aktivität (in der AG) und ohne finanzielle Beteiligung - keinen dem Leistungsausschluss bei Kurzarbeit vergleichbaren Sachverhalt (vgl. vorangehende E. 1.2) zu belegen. Der Beschwerdegegner weist zwar in der Verfügung vom 4. November 2008 darauf hin, dass die Gesellschaft aktiv sei und Umsätze erziele, denn es sei beim RAV ein Versicherter bekannt, der die Dienstleistungen der B.____ AG in Anspruch nehme bzw. genommen habe. Aus Datenschutzgründen könnten hierbei keine näheren Angaben in Bezug auf Personen gemacht werden (act. G 8.1/B3). Allein aufgrund dieses nicht dokumentierten Hinweises kann nicht auf eine tatsächliche Mitarbeit des Beschwerdeführers in der B.____ AG geschlossen werden. Unklar bleibt auch, ob - und wenn ja, welche - konkrete Geschäftstätigkeit die B.____ AG entwickelte. Dabei lässt sich der Hinweis auf der Homepage der Gesellschaft (www.progredi-ag.com), wonach ausschliesslich die jeweiligen Beteiligten die Verantwortung tragen würden, sollte es während ihrer Dienstleistungen "zu irgendwelchen Geschäftsaktivitäten oder sonstigen Bindungen" kommen (vgl. Rubrik "Wir über uns"), vor dem Hintergrund der Gesellschaftsform einer AG inhaltlich nicht ohne Weiteres nachvollziehen. Die Art der Geschäftstätigkeit der AG wäre daher vorweg noch zu eruieren. Zu klären bleibt im Weiteren, aus welchem (formellen) Grund der Beschwerdeführer sich als Verwaltungsrat der - nicht von ihm selbst, sondern bereits 1998 von anderen Personen



gegründeten - B. ___ AG zur Verfügung stellte und ob ihm dort effektiv eine Funktion zukommt bzw. zukam. Dies wird der Beschwerdegegner - insbesondere durch die schon im Verwaltungsverfahren vom Beschwerdeführer beantragte (act. G 8.1/A6), bisher jedoch noch nicht vorgenommene Anfrage bei Ueli Alder - noch nachzuholen haben. Sollte sich dabei herausstellen, dass die Übernahme des Verwaltungsratsmandats lediglich formelle Gründe hatte, der Beschwerdeführer in keiner Form in der Gesellschaft je tätig war und eine Tätigkeit auch tatsächlich ausgeschlossen bzw. ein Missbrauchspotential (Stichwort "Selbstanstellung" und Selbstaussstellung von Bescheinigungen) nicht gegeben war, so fiele die Annahme eines dem Leistungsausschluss bei Kurzarbeit vergleichbaren Sachverhalts auch mit Blick auf die in E. 1.2. und 1.3 dargelegte Rechtsprechung ausser Betracht.

3.

Die Beschwerde ist in dem Sinn teilweise gutzuheissen, dass der Einspracheentscheid vom 15. Dezember 2008 aufzuheben und die Angelegenheit zur Vornahme von weiteren Abklärungen und zu allfälliger neuer Verfügung an den Beschwerdegegner zurückzuweisen ist. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).

Demgemäss hat das Versicherungsgericht im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG **entschieden:**

1. Die Beschwerde wird in dem Sinn teilweise gutgeheissen, dass der Einspracheentscheid vom 15. Dezember 2008 aufgehoben und die Angelegenheit zur Vornahme von weiteren Abklärungen und zu allfälliger neuer Verfügung an den Beschwerdegegner zurückgewiesen wird.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.